

法

意探寻

王肃元 著



兰州大学出版社

法 意探寻

王肃元 著



兰州大学出版社

32.00元

图书在版编目(CIP)数据

法意探寻/王肃元著. —兰州:兰州大学出版社,
2008.11

ISBN 978-7-311-03155-8

I.法... II.王... III.法学—文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 189679 号

责任编辑 张爱民 敬兆林

封面设计 张友乾

书 名 法意探寻

作 者 王肃元 著

出版发行 兰州大学出版社 (地址:兰州市天水南路 222 号 730000)

电 话 0931-8912613(总编办公室) 0931-8617156(营销中心)
0931-8914298(读者服务部)

网 址 <http://www.onbook.com.cn>

电子信箱 press@onbook.com.cn

印 刷 兰州德辉印刷有限责任公司

开 本 787×1092 1/16

印 张 17.5

字 数 348 千字

版 次 2008 年 12 月第 1 版

印 次 2008 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-311-03155-8

定 价 32.00 元

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

序 言

在我的印象中,曾经作为中西文化交汇地之一的甘肃,尽管有着厚重的传统文化积淀,但在历史长河的大浪淘沙之下,这一方水土早已过多地与贫瘠、落后相联系。客观而不客气地说,我认为现在这里并不是中国法学教育与法学研究的重镇。然而,《法意探寻》这卷30多万字的文集,从字里行间透出了作者对法学教育和法学研究的不懈追求。为了作者在西北艰苦的环境下所表现出的执着的学术勇气和自强不息的探索精神,欣然援笔为序。

王肃元教授是一位敬业的法律学人。他在长期担任高校领导职务、致力探索高等教育发展规律与学府治理之道的同时,对于法学学术研究孜孜以求,笔耕不倦。《法意探寻》中收入的40多篇论文是他法学学术研究的结晶。肃元教授研究领域较广,而以经济法学、民商法学为主攻方向。在经济法学领域,他对经济法律的效益观及其实现、上市公司的理论困境及出路、社会保障制度的构建等问题均有深入的探讨,发表了大量有学术价值的作品。其中有代表性的是在《论经济法律效益的实现》、《市场经济法制建设与效益法律观的确立》、《论我国纠纷制度中的资源配置效率》等文章中,他以法律经济学的研究方法阐释经济法学理论问题,提出了一系列观点和主张。他认为:法律资源最优化配置的核心,就是在立法、司法、行政执法和准司法之间如何有效配置稀缺资源的问题,经济法律是一种稀缺的制度资源,它通过对权力、权利、义务、责任、法律信息、法律程序等的合理配置,可以给人们带来实际的利益;以效益法律观重构法学理论基础、借助法律制度创新降低交易成本、依法发挥经济立法功能,通过经济法律对市场行为的明确界定,促进人们趋利避害和彼此合作,并在通盘考虑经济法律供给与需求、市场价格机制与经济法律机制的互补边界,经济法律的机会成本、边际成本以及内在与外在损耗之后,按社会总体受益与社会总体承受能力和实施效果与预期目的相一致的原则,建立具有信息完备性、组织有序性、体系完整性的高效经济法律结构;按照经济法律与节约交易费用规律相一致的原则,节约交易费用的基本途径是建立节约发现费用、缔约费用、履

约费用、诉讼费用的经济法律体系。在民商法学研究领域,对我国他物权制度、法人民事责任制度、合伙法律制度等问题均有涉猎,其中不乏闪光的火花。

王肃元教授坚持“学以致用”的治学方针。他认为,法学从本质上来讲是一门应用性学科,积极回应各种现实问题与冲突并提供解决方案和途径,是其存在的意义和价值。他对西部现实法律问题的密切关注为这一理念的践行做了很好的诠释。在《西部经济发展的法律促进》一文中,他认为,西部生产方式落后,民众生存条件严酷,现代法制存在的社会物质生活条件贫乏,尚不具备建设成熟市民社会的经济基础;西部地区各民族彼此隔离与包融,社会主体的法律观念、法律认同和法律行为受着国家法令、家庭宗法和以宗教教规与民族习俗为主体的民族法文化的多重影响;西部地处偏远,生活方式保守,主体法律素质较差,现代法律文化更稀薄。为此,西部社会经济的发展必须以区域法制建设为屏障,创造符合西部实际的法制运行体系,才能实现长久而又艰巨的总体开发目标。尤其值得一提的是,王肃元教授借助西部本土资源,对西部地区毒品犯罪问题、反恐怖法律问题等具有鲜明区域性、民族性、现实性的问题给予了关注并提出了很有见地的法律对策,其现实意义不言而喻。

涓涓细流,汇成大海。中国法治现代化的进步有赖于法学教育的繁荣,而法学教育的繁荣更有赖于一代又一代法学教育工作者和法界学人的无私奉献和辛勤耕耘。我相信,《法意探寻》这本文集的出版仅仅是王肃元教授学术生涯中一个阶段性的总结,期待着作者有更多、更丰硕的学术成果问世,为西部、为中国的法治事业贡献一份力量。

曾宪义

目 录

经济法学理论研究

- 论经济诉讼的成本政策 / 3
- 产品责任原则的经济分析 / 7
- 经济法概念新探 / 15
- 市场经济法制建设与效益法律观的确立 / 24
- 论经济立法中的交易费用规律 / 29
- 论经济法律效益的实现 / 36
- 制度安排与消费者权益的保护 / 45
- 关于我国企业集团发展战略中若干问题的法律分析 / 50
- 论我国纠纷解决制度中的资源配置效率 / 56
- 营造有利于资本扩张的法律环境 / 64
- 论国有独资公司的理论困境 / 66
- 上市公司收购中股东权的保护 / 73
- 贯彻“三个代表”,健全社保法制体系 / 79
- 部门法理论的发展与经济法的未来 / 81
- 经济全球化对公司社会责任的挑战与对策 / 87

民商法学理论研究

- 我国他物权制度之检讨及完善 / 101
- 我国法人民事责任制度之检讨 / 110
- 我国合伙法律制度的现状及检讨 / 120
- 法定继承制度的重塑 / 130

- 归扣制度若干问题探析 / 137
《物权法》中“民生”热点问题的解读与思考 / 142

西部区域法治建设理论与实践

- 中国西部社会法律意识变迁及其特征 / 147
论西部经济发展的法律促进 / 160
论西部大开发中法治秩序的构建 / 169
西部大开发需要法律创新 / 175
甘肃省禁毒方略分析 / 178
甘肃农村社会医疗保障的现状与法律制度创新 / 181
当代西北少数民族地区公民权利保障的变动趋势 / 189
西部民族地区恐怖犯罪问题初探 / 195
甘肃省法学研究十年述评(1991—2000) / 202

法学理论与实践问题

- 论我国民事诉讼制度中资源利用与诉讼费用诱导机制 / 237
论权利冲突及其配置 / 244
国家制定法与民间法的供求分析 / 251
努力实现法官同质化 / 255
论贩毒案件侦查中如何实现“控制下交付” / 257
论吸毒成瘾者的心理治疗 / 262
建设社会主义政治文明,全面落实依法治国方略 / 266
对和谐社会政法文化建设的思考 / 268

经济法学理论研究

论经济诉讼的成本政策 *

摘要:本文认为,降低经济诉讼成本是强化市场法制的有效途径。在降低经济诉讼成本的多种政策选择中,应该注重法院诉讼成本转嫁机制的运用。作者以我国经济、民事审判中当事人交纳诉讼费用和败诉者承担诉讼费用的理论和实践为据,提出了经济诉讼成本第一次和第二次转嫁政策的实际操作方案,并就适度扩大经济诉讼成本转嫁政策的适用范围,提出了自己的见解。

随着我国以法制经济为特征的市场经济体制的建立和完善,作为法制重要内容之一的司法制度,尤其是人民法院通过审判解决经济纠纷案件的经济诉讼制度,也将进一步发展。本文的命题在于,在讨论经济诉讼应有的作用时,不能无视经济诉讼的成本问题。因为,无论经济诉讼能够怎样完善维护市场秩序和促进市场交易活动,如果付出的代价过高,则人们往往只能通过放弃诉讼来实现效益及利益的希望。为此,必须把降低经济诉讼的成本作为有效发挥经济诉讼社会作用的一个重要方面。

一、经济诉讼成本的第一次转嫁

由于通过对当事人负担的经济诉讼成本进行调整来影响人们利用经济诉讼达到购买诉讼利益的行动,从而使诉讼利益的产生与社会投入的总资源之间实现最佳配置的目的,这是经济诉讼成本政策的基本出发点。所以,根据程度固定考虑改变经济成本负担分配,使所需成本总量发生变化的成本转嫁政策,即在生产利益所需要的经济诉讼总成本中把本来由当事人负担的一部分转嫁给他方,以此来影响人们利用经济诉讼购买利益的策略和方法,就是降低经济诉讼成本的一项有效政策选择。

按照笔者的观点,根据一定的政策目的,把本来由法院负担的一部分经济诉讼

* 本文原载《中国法学》1994年第5期,“楚南”系王肃元笔名,本文合作作者李鲁。

成本转嫁给当事人(原告或被告),变成诉讼成本或诉讼费用(案件受理费),这称之为经济诉讼成本的“第一次转嫁”。第一次转嫁较常见的例子是把经济审判成本转化为经济诉讼成本的所谓诉讼费用化的政策。我国的经济和民事审判制度中,把根据诉讼标的(争议标的)的一定比例缴纳诉讼费作为当事人的义务,就是基于这样的政策考虑。关于这种诉讼费用在什么程度上能够补充审判费用,因为没有精确的统计资料,故不能作数据推算。一般来讲,经济诉讼成本政策的有效性在于是否诱导人们利用诉讼的行为向所希望的方向集中。所以,诉讼费用化是否能够真正达到如一般所说的抑制滥诉的效果,就是衡量其有效性的标准。考虑到法院的工作负担和另一方当事人应诉的负担,要求原告真正具有不得通过诉讼来解决的问题确实是必要的。但是,问题在于究竟什么是滥用诉权。采用缴纳诉讼费的办法能够正确地识别和抑制滥用诉权吗?

滥用诉权的一个典型例子,就是明知要败诉却为了纠缠对方而提起诉讼。但是,诉讼费的缴纳可以说对此没有起到很大的抑制作用。因为,既然想纠缠对方的情绪很强烈,还不知暂且把双方传唤到法庭听听各自的理由更为合适。相反,如果当事人只是坚信权利的存在或因对方的交涉暂时陷入僵局而利用审判,把这种情况看作是滥用诉权就意味着采取了尽量在审判外解决纠纷。但是就算把诉讼费用完全取消,一般情况下想利用诉讼来实现自己的权利,也需要律师帮助。而且各种准备活动和出庭等也是负担,在这样的条件下完全不考虑审判外解决经济纠纷的可能性就直接提起诉讼的人大致不会很多。可见,与其说滥用诉权的弊病大,不如说由于尽量回避审判也不找律师的倾向,从而导致种种不合理结果发生的问题更大。

笔者认为,对通过诉讼费用化的政策来抑制滥用诉权不能抱有什么期望,而且这样的政策弄不好反而抑制了对经济诉讼的合理利用。但是,如果把着眼点放在分配经济诉讼成本负担方面,诉讼费用化政策的合理根据及正当性在于利用者负担的合理或合乎逻辑。从经济理论上分析,享受公共产品越是被认为具有个人利用的性质,由接受公共服务的人负担其费用就越容易被考虑为公平公正的原则。同时,受益者负担的原理获得合理性的前提条件都在于,被提供的公共服务必须首先立足于利用者的立场,并能真正地满足其要求。这些道理当然也适用于作为司法服务这一公共产品的经济诉讼。在这个意义上,如果经济诉讼制度中能够按照利用者的逻辑来运行并真正满足他们的要求,则利用者本身会自己主动接受成本的负担。在我国,最明显的例子就是自主形成的以民间仲裁为特点的涉外经济合同仲裁。当然,即使没有一方当事人同意,仍然能通过强制力的行使来解决经济纠纷的经济诉讼制度,在性质上不可能实现全面的利用者负担。但是,如果特定的当事人或特定类型的案件与其他情况相比过多地享受了利益或承担了过重的负担,则必然根据公平负担的原则予以调节。例如,在美国加州的审判制度,对现在是由民事申请手续费中扣除,并以一般预算来支持的速记员费用,就存在着将其转化为集中利用这种服务的当事人负担的建议^[1]。相反,在案件之间有意识地形成受益和负担的不平

衡,也能作为在一定政策目的下重新分配诉讼成本的一种手法。又比如,我国的民事、经济纠纷案件诉讼费是以同诉讼标的金额成正比的比例来缴纳的,这是因为通常当事人通过利用经济诉讼获得的经济利益随着标的金额的增大而增大,同时越是大型的经济案件,法院的各项经济诉讼成本也越重,所以相应增加利用者的负担也是合理的。

二、经济诉讼成本的第二次转嫁

所谓经济诉讼成本的“第二次转嫁”,这是指作为诉讼成本已经由或应该由当事人负担的费用再次转嫁给其他人的成本政策,可以分为转嫁给对方当事人和转嫁给诉讼当事人以外的第三人这两种情况。前者的典型例子是败诉者负担制度。这个成本政策一般的合理性在于真正拥有权利的人不负担经济诉讼成本,从而可以产生动员胜诉者更积极地通过法院主张自己合法权利的效果。但这一成本政策仍存在着两个方面的局限性。第一是无论如何总会有无法转嫁的成本,诸如胜诉者的律师费一般由其自己负担。但是即使采取败诉者负担律师费的强硬政策,胜诉者进行交涉,收集证据资料时所需要的、不容易换算成金钱而难以转嫁的成本仍然存在。所以,这里一方面需要把能够转嫁的成本加以一定范围的限定,使双方的负担分配达到公平,另一方面从社会的角度来看确实需要鼓励提起诉讼的某些案件,通过提供补助等方式把超出一般败诉者负担范围的成本移向其他第三者的成本政策是必要的。

败诉者负担制度的第二方面的局限性,是指权利本身的不确定性。如果权利义务的存在经常是明确的,确实强硬的败诉者负担制度能够有效发挥抑制权利侵害的作用,但实际上双方当事人都坚信自己主张的正确性,在此情况下就可能出现有人尽管坚信自己有理却害怕万一败诉受双重成本负担,从而回避诉讼的现象。这样的场合下不能说败诉者负担的政策得到了成功。在这个意义上,不如对被告应诉的意愿也给予一定的敬意和理解,站在双方都有在法的框架内通过理性对话接受公正裁决意愿这一认识上,采取各自承担自己所花费的经济诉讼成本的政策。类似的做法在我国民事经济诉讼中的调解制度中可以看到,这里存在着一种对进行争议解决本身的理性态度。

需要我们进一步分析的是,把本来由当事人负担的一部分或全部诉讼成本转嫁给参加诉讼的第三人的成本政策。该成本政策大致可以分为三类:第一是国外许多国家(主要是英美法系国家)实行的法律援助制度,内容是根据当事人的经济情况,案件的性质和种类等特点给案件本身或某一方当事人以经济上的援助,使诉讼进行成为可能。提供法律援助的主体主要是国家,此外一些慈善团体、律师协会等组织也在一定程度上承担这样转嫁来的成本。第二是通过律师费用的保险而实现的成本向第三人转嫁。诸如,把诉讼成本视为偶然发生的事态下不得已的负担,为了分散负担而加入损害保险就是其基本的出发点。第三是单方面的败诉者负担。诸如,在某些关系到公共利益的诉讼中,只是在原告胜诉的情况下,让被告负担对方

包括律师费用在内全部诉讼成本的制度^[1]。上述三个方面,从本质上说,第三人之所以接受成本负担的转嫁是基于一定利益的享受。这里的问题在于,每一种成本转嫁第三人的政策,究竟是基于何种“利益的享受”?对这个问题可以分别立足于不同的成本政策来回答。例如,律师费用的保险是为了分散风险,单方面的败诉者负担是为了实现公共的利益,并对违法行为进行制裁。而法律援助制度的利益性在于,因财富分布的不平衡使利益实现的机会也可能发生不平衡能够得到部分纠正。

关于经济诉讼的成本政策,还存在着从作为手段的有效性和成本负担的合理性这两方面来探讨如何降低诉讼成本,以及在设计成本政策时如何根据经济诉讼供求关系来确定作为前提的政策目标等课题。由于篇幅所限,对此法律经济学的研究课题的深入研究只能留待今后了。

注释:

[1] Report on court Financing and User Fees, Executive Office of the Superior Court, Los Angeles, California, 1982, pp. (7-9, 12-18).

[2] 典型的例子同样能在美国法中找到。有一项法律规定,以联邦政府为被告,除了不法行为之外的民事诉讼,在胜诉的场合原告的律师费用可得到补偿。参见 Reuben B. Robertson and Mary C. Fowler, "Recovering Attorneys' Fees from the Government under the Equal Access to Justice Act," Tulane law Review 56, 1982, pp. 903-947.

产品责任原则的经济分析 *

摘要: 作者认为,产品责任立法的基本宗旨是促使生产者和销售者将其强加于用户和消费者的外部成本内在化。从经济学角度分析,我国产品质量责任法同时规定了对生产者的严格责任原则和对销售者的契约担保原则与过失原则,从而为用户和消费者的选择适用提供了交易便利和自由。

关键词: 产品责任 归责原则 经济分析

经济与科技的发展,给人们提供琳琅满目的物品的同时,带来了防不胜防的负面效应,产品缺陷的损害危险便是其中之一。现实中,因缺陷产品致人损害的波及面之广、发生概率之高、数量之大,远非每个用户和消费者所能预料和避免。于是,人们寻求保护用户和消费者权益的立法需求大大增加,以期通过有效的产品责任立法使缺陷产品的损害危险降至最小限度,并使已发生的损害得到充分补偿。本文无意于停留在产品责任立法现状及立法原则的表层分析上,而是旨在深入到产品责任立法动因及其原则的深层,用法律经济学的研究方法,探其经济学基础及经济和法律意义。

(一)

社会分工和生产经营专业化的发展,使生产者、销售者和用户、消费者处于经济利益相对应的商品交换的两极:处于一极的生产者和销售者追求利润的最大化,从而设法以尽可能低的投入(即成本)获得尽可能高的产出(即收益,在此表现为销售价格);处于另一极的用户和消费者则追求效用的最大化,而也设法以尽可能低的成本(在此表现为购买价格)获得品质、性能尽可能好的产品。假定在完全竞争的理想市场条件下,生产者、销售者和用户、消费者之间这种相冲突的经济利益可以

* 本文原载《兰州大学学报》1996年第1期,合作作者李胜兰、白瑞庆。本文曾获1997年甘肃省社科优秀成果三等奖。

由价格机制进行协调,理由是双方在交易中能自由决策且掌握产品及其价格的完全信息,因而讨价还价的能力相差无几,用户和消费者能够根据自己对某种产品合理期望的效用标准与生产者或销售者进行谈判,通过谈判在双方都最有利的价格水平上完成交换。而事实往往是生产者和销售者掌握着生产资料和技术知识,在再生产过程中居于起点,对产品的结构、性能、品质诸多方面都有明确和深刻的了解,而用户和消费者却知之甚少、不知甚至存在错误认识。也就是说,生产者、销售者和用户、消费者之间对产品质量存在信息的不对称。这种不对称随着科技和销售手段的发展、大规模生产的普遍化及制造工艺的复杂化而日益明显和严重。除此之外,还有诸如垄断和不正当竞争等妨碍市场交换的情况。无论是信息的不对称还是垄断和不正当竞争,都使生产者、销售者和用户、消费者在商品交易中的地位变得不平等,并由此导致了对方讨价还价能力的悬殊差别。生产者和销售者便可利用这种市场优势,在追求利润最大化的利益驱动下,生产、经销掺杂使假和质量低劣的产品且忽视其损害危险,加之用户和消费者因处于市场劣势,对缺陷产品的危害防不胜防且讨价还价能力有限,因此,它不仅导致产品质量低劣和不适销、不适用,而且造成用户和消费者的人身及财产损害,破坏人们有权期望和得到的安全。对此市场失灵,用户和消费者无法通过市场价格机制得到防范、制止和补偿,其有效途径在于寻求立法保护。对此,西欧各国通过的《欧共体产品责任指令》,美、英等国的《产品责任法》、《消费者保护法》就是明例。

因产品缺陷给用户和消费者造成的人身和财产损害,是生产者和销售者追求利润最大化的行为强加给用户和消费者的额外费用,即外部不经济,经济上称之为外部成本。这种外部成本的存在与增加,与用户和消费者对产品的效用期望和安全期望相违背,而生产者和销售者却未将其考虑进生产经营成本之中,因而,几乎不进行自我约束地“生产太多的产出和连带的危害”^[1],引起市场价格机制失灵,致使用户和消费者由于前述原因不能通过市场机制得到对危害的防范、分担和补偿。因此,产品责任立法的基本宗旨和任务就是设计有效的原则和办法,使外部成本的制造者——生产者或销售者把其强加于用户和消费者的外部成本摊入其产品生产经营成本即内在化,并把它们考虑进其追求利润最大化的计算之中。围绕外部成本内在化这一基本宗旨,适应保护用户和消费者利益的需要,产品责任原则的立法经历了由契约原则到侵权责任原则,由一般侵权原则(过失原则)到特殊侵权原则(严格责任原则)的发展过程。从这一发展演化过程中,我们可以看出立法对产品责任归责原则的不断扬弃,从而越来越有利于保护用户和消费者的利益。

在市场经济不甚发达、交换关系比较简单、企业的社会化和专业化程度不高的情况下,用户和消费者与生产者、销售者在交易中的地位较为平等,讨价还价能力相差无几。用户和消费者可以通过谈判机制,以达成契约的形式将产品缺陷导致的外部成本移转给生产者、销售者或与其协商分担。此时的产品责任由合同法调整,归责原则是契约担保原则。起初由双方在买卖合同中协商确定产品质量担保条款以解决产品责任问题。“人们对消费品的大批量生产还不大熟悉,按照买方和卖方

私人协商的合同来衡量问题,是合情合理的。”^[2]后来,明示担保及于卖方在产品标签、包装及产品上的说明,随着大规模生产的普遍化和产品市场的发展扩大,使买方与卖方的交易地位逐渐不平等起来,“在更多的情况下,保证将减轻产品提供者的责任”^[3]。于是,立法规定了卖方保证产品具有适销性并适合于特定用途的默示担保条款。诸如英国《货物买卖法》和美国《统一商法典》等,都有相似的规定。默示条款的一个重要特征是它附加了严格责任,买方无需对卖方的过错举证,卖方亦无权抗辩。总之,契约担保原则的好处有二:一是依据合同的索赔不涉及过失举证的问题;二是依据合同的一般原则,用户和消费者不仅有权请求缺陷产品损害赔偿,并且有权请求缺陷产品本身进行赔偿、修理、更换、退回,且其赔偿范围及于产品出售时当事人合理预期的间接损失。但是,契约担保原则亦有其局限性,主要表现在:其一,用户和消费者适用契约担保原则必须与生产者和销售者具有直接的契约关系;其二,必须是在谈判成本不大,双方能通过讨价还价达成契约的条件下产生。由此,契约担保原则因受契约关系和谈判成本的局限而需要过失侵权原则相补充、相并行,最终为严格责任原则所取代。

过失原则源于普通侵权法,尤其是在英国和美国,过失原则曾经长期与契约担保原则并不相悖。其主要原因是,只要用户和消费者能证明生产者和销售者对产品缺陷有过失并由此遭受损害,即可依据过失原则请求赔偿,无须存在直接的契约关系。因此,“与合同责任不同,任何受缺陷产品伤害的人都可以提起过错责任诉讼”^[4]。判断生产者和销售者对其产品存有缺陷是否有过失,是否违反合理注意义务的标准是法定的注意标准。在英美法学及司法实践中称之为“理智人标准”,即一个一般审慎的人应该作为或不作为的客观标准。生产者和销售者违反合理注意义务,未达到法定的注意标准从而使其产品有缺陷,则要对其缺陷产品造成的损害承担责任。对此,用户和消费者负责过失举证。反之,若其尽了合理注意义务达到法定注意标准,即可因无过失而免责。但生产者和销售者的负责并不意味着产品缺陷的完全消除,对其责任范围外的损害及损害危险则要由用户和消费者承担。由此看出:过失原则的好处在于:一是用户和消费者索赔不受契约关系的限制;二是生产者和销售者为争取免责而积极预防的同时,用户和消费者亦为避免损害发生进行积极预防,亦即双方有效预防。其缺陷在于:用户和消费者负举证责任,随着生产和销售手段的复杂化,其举证的难度愈来愈大。诉讼程序的复杂化暂且不说,加之生产者和销售者因无过失而负责,不应有的损害就完全落到用户和消费者头上,这显然有失社会公平。

与大规模生产的普遍化和产品的多样化相伴而生的,是产品缺陷致害现象的普遍化和社会化,并危及到整个社会公众的利益和安全。于是,跳出传统过失原则的窠臼,摆脱契约关系的羁绊,对生产者和销售者课以严格责任,成为保护广大用户和消费者利益,提高产品质量的时代呼声。由此,欧共体的《产品责任指令》、美国《产品质量法》、英国《消费者保护法》以及我国的《民法通则》等相继出台,“为缺陷产品所致亡特定类型的损害提供了一个并非建立在过失基础上的严格责任体系”^[5]。

严格责任原则约束下的生产者或销售者,以用户和消费者的明示或默示担保理论为基础,但摒弃两者之间常存在合同关系的条件,承认产品责任是法定的而不是约定的,以及不许责任者限定其因缺陷产品所引起的责任范围。严格责任原则实行举证责任的反转,生产者或销售者提供的产品有缺陷且致人损害,若其不能证明自己无过失则承担赔偿责任。与过失原则不同,严格责任原则“设有一个有关费用分担的法定预防标准”^[6],故生产者或销售者对其因缺陷产品所致损害承担完全赔偿责任,从而有效地激励其采取合理的预防措施,减少和制止损害的发生。这样,更有力地保护了用户和消费者的利益。

由此可见,产品责任原则由最初的违约原则发展为契约担保原则和过失侵权原则,并最终发展为严格责任原则。目前,多数国家三种理论原则并存,“但由于明显的理由,最成功的产品责任诉讼大多数是以严格侵权理论为依据的”^[7]。

(二)

分析契约担保原则、过失原则和严格责任原则以及使外部成本内在化的经济原则的运作条件与方式,有助于深化对其发展演化过程的理解,有助于揭示和认识其现实经济意义。

1. 契约担保原则,是生产者或销售者违反买卖合同担保义务,提供有缺陷的产品致使用户和消费者遭受损害,用户和消费者以其违反契约担保为由请求赔偿的一种归责原则。契约担保原则使生产者或销售者因产品缺陷所致的外部成本内在化(以下简称内在化)的机制是谈判机制,用户和消费者与生产者或销售者依据契约自由原则,通过讨价还价,在买卖合同中设定明示担保条款或适用不以明示限制的默示担保条款,这种担保条款就是用户和消费者对产品效用和安全合理期望的标准,同时也是生产者或销售者承担责任的范围标准——生产者或销售者履行该担保义务,采取了有效预防措施避免了损害的发生,则不承担外部成本,只对自己的预防成本负责,因为采取预防措施需要付出代价;反之,若不履行担保义务致使损害发生,则要承担外部成本。同时,用户和消费者也将依据该担保条款承担生产者或销售者责任范围外的损害后果,诸如,保修期以外的修理费用,保证期满后的损害后果以及产品误用的损失,等等。故“把明示担保条款理解为在生产者和消费者之间有效地分摊因产品缺陷所致损的风险的结果”^[8]很有道理。而之所以设定担保使生产者和销售者分担产品缺陷所致的损害风险,是因为生产者和销售者在风险预防或纠正方面拥有相对优势。除此之外的损害风险特别是使用方面的损害风险,消费者拥有相对优势。设定担保分摊损害风险的结果,使生产者、销售者与用户、消费者出于各自利益最大化的考虑,都能独立地选择采取有效的预防措施以减少直至避免预期外部成本的发生,并把预防成本和预期外部成本考虑进追求效用或利润最大化的计算之中,即实现了外部成本的内在化。

但是,依据契约担保原则解决外部成本内在化问题的前提是:其一,谈判能够进行且取得成功,谈判能够进行并取得成功的必要条件,是消费者能直接找到产品